

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.248/1
VAN 11 MAART 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 7 maart 2008 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", heeft het volgende advies gegeven:

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het spoedeisende karakter van de adviesaanvraag gemotiveerd door het feit dat

"de Europese Commissie op 31 januari 2008 een ingebrekestelling heeft gestuurd. Die handelt over de noodzaak om de bepalingen betreffende de rechtsbescherming van kandidaten en inschrijvers in de wetgeving overheidsopdrachten op korte termijn te verbeteren en aan te vullen. Dit noopt tot een dringende aanpassing van een aantal bepalingen van artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993, en de invoeging van gelijkaardige bepalingen als die van het voormelde artikel 21*bis* voor de overheidsopdrachten en de opdrachten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten".

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽¹⁾, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, op diverse punten te wijzigen. Aanleiding tot die wijzigingen vormt de aanvullende ingebrekestelling die de Europese Commissie op 31 januari 2008 heeft toegezonden en waarin de Belgische autoriteiten wordt gewezen op het feit dat nog steeds een aantal problemen bestaan op het vlak van de Belgische wetgeving inzake overheidsopdrachten.

⁽¹⁾ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder rechtsgrond verstaan de overeenstemming met de hogere rechtsnormen.

De in de ingebrekestelling aangehaalde problemen zijn van drieërlei aard. Zij betreffen in de eerste plaats het gegeven dat de wettelijk bepaalde uitzonderingsregeling ten aanzien van de verplichting tot inachtneming van een termijn na de bekendmaking van het gunningsbesluit, door de Europese Commissie als te ruim en onvoldoende specifiek wordt beschouwd. Vervolgens blijft het feit dat de standstill-periode aanvangt op de dag na de verzending met een ter post aangetekende brief van de motivering van het gunningsbesluit, volgens de Commissie problematisch in gevallen waarin inschrijvers uit andere lidstaten bij de procedure zijn betrokken, aangezien vooral zij dreigen het gunningsbesluit laattijdig te ontvangen, gelet op de bezorgingsduur van poststukken in de Europese Unie. Tot slot ontbreken volgens de Europese Commissie in de Belgische wetgeving bepalingen die verzekeren dat kandidaten en inschrijvers de mogelijkheid hebben om "zinnig" beroep in te stellen in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt.

Volgens de Europese Commissie waarborgt de Belgische wetgeving inzake overheidsopdrachten op de voornoemde punten in onvoldoende mate dat inschrijvers en kandidaten een effectieve rechtsbescherming genieten tegen gunningsbesluiten voordat de overeenkomst is gesloten en wordt niet voldaan aan de bepalingen van, respectievelijk, artikel 1, lid 1, *juncto* artikel 2, lid 1, sub a) en b), van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989, en artikel 1, lid 1, *juncto* artikel 2, lid 1, sub a), b) en c), van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 ⁽²⁾.

Teneinde aan de voornoemde bezwaren van de Europese Commissie, zoals verwoord in de ingebrekestelling van 31 januari 2008, tegemoet te komen, wordt de bestaande tekst van artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993 (klassieke sectoren) grondig herzien en worden, benevens een aantal andere aanpassingen, de - in ruime mate parallelle - artikelen 41*sexies* en 62*bis* (nutssectoren) in de wet ingevoegd.

⁽²⁾ Aan de betrokken richtlijnen wordt gerefereerd in artikel 2 van het ontwerp van wet.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

1. Het ontworpen artikel 21*bis*, § 2, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 ⁽³⁾, luidt:

"De mededeling gebeurt onverwijld per telefax of via elektronische middelen en wordt tegelijkertijd bevestigd bij een ter post aangetekende zending".

Met deze bepaling wordt beoogd tegemoet te komen aan het bezwaar dat de Europese Commissie in de ingebrekestelling van 31 januari 2008 als volgt formuleerde:

"De motivering wordt verzonden bij een ter post aangetekende brief. Verzending van deze kennisgeving per post kan leiden tot onaanvaardbare situaties, met name in gevallen waarin inschrijvers uit andere lidstaten bij de procedure zijn betrokken. Gelet op de bezorgingsduur van poststukken in de Europese Unie is het waarschijnlijk dat deze inschrijvers het gunningsbesluit te laat ontvangen om nog in staat te zijn een afgewogen besluit te nemen inzake het instellen van een beroep".

Het lijkt geen twijfel dat een mededeling per telefax of met gebruikmaking van elektronische middelen op een meer snelle en directe wijze zal gebeuren dan door middel van een ter post aangetekende zending en dat op dat punt wordt tegemoet gekomen aan het bezwaar van de Europese Commissie. Wat het geven van een vaste datum aan de mededeling betreft, blijft evenwel een ter post aangetekende zending het meest rechtszeker. In de memorie van toelichting wordt bij artikel 3 dan ook gesteld:

"De bevestiging bij een ter post aangetekende zending moet er enkel voor zorgen dat de aanbestedende overheid het bewijs van de verzendingsdatum kan leveren".

⁽³⁾ Een identieke bepaling komt voor in het ontworpen artikel 41*sexies*, § 2, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 (artikel 5 van het ontwerp). In het ontworpen artikel 62*bis*, § 2, tweede lid (artikel 6 van het ontwerp), wordt evenwel geen melding gemaakt van een bevestiging bij een ter post aangetekende zending van de mededeling per telefax of via elektronische middelen. Indien het weglaten van het vereiste van bevestiging in het ontworpen artikel 62*bis*, § 2, tweede lid, van de wet bewust is gebeurd, zou het aanbeveling verdienen dat daaromtrent in de artikelsgewijze commentaar van de memorie van toelichting enige uitleg zou worden verstrekt.

Vraag is evenwel waarom de meer rechtszekere datum van de aangetekende zending niet tevens wordt gebruikt als referentiedatum voor de aanvang van de beroepstermijn, bedoeld in het volgende lid van de ontworpen paragraaf ⁽⁴⁾. Op die wijze lijkt de rechtsbescherming van de inschrijvers immers beter gewaarborgd, temeer daar het vereiste volgens hetwelk de bevestiging bij een ter post aangetekende zending "tezelfdertijd" als de mededeling per telefax of via elektronische middelen moet gebeuren, op zich van aard is om rechtsonzekerheid te doen ontstaan. Het betrokken vereiste is immers te weinig afgebakend en dreigt in de praktijk een te gediversifieerde invulling te krijgen ⁽⁵⁾. Aangezien op die wijze onduidelijkheid dreigt te worden geschapen omtrent de precieze aanvangsdatum van de beroepstermijn, zou het voornoemde vereiste op een andere wijze moeten worden omschreven. De gemachtigde van de Regering verduidelikte in dat verband dat het de bedoeling is dat de bevestiging bij een ter post aangetekende zending op dezelfde dag dient te gebeuren als de dag waarop de mededeling per telefax of via elektronische middelen is gebeurd. Het zou, ter wille van de duidelijkheid, aanbeveling verdienen dat die bedoeling uitdrukkelijk in de tekst van het ontwerp zou worden tot uitdrukking gebracht. In dat geval zou de onvoldoende afgebakende term "tezelfdertijd" kunnen worden weggelaten.

2. In het ontworpen artikel 21*bis*, § 2, derde lid, van de wet wordt bepaald dat de inschrijvers binnen de betrokken termijn een schorsingsberoep kunnen instellen bij een rechtscollège, "wat uitsluitend mag gebeuren in het kader van, al naargelang, een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of, voor de Raad van State, via een procedure wegens uiterst dringende noodzakelijkheid".

De aangehaalde bepaling wijkt enkel redactioneel, maar niet inhoudelijk af van de huidige bepaling. Om die reden ziet de Raad van State, afdeling wetgeving, zich genoopt de hierna volgende opmerkingen te herhalen die hij reeds in het verleden heeft geformuleerd.

⁽⁴⁾ De beroepstermijn vangt blijkens het ontworpen artikel 21*bis*, § 2, derde lid, van de wet aan "vanaf de dag die volgt op de datum van verzending per telefax of via elektronische middelen".

⁽⁵⁾ Voldoet bijvoorbeeld de bevestiging bij een ter post aangetekende zending van een mededeling die even voor middernacht van de vorige dag per e-mail is verricht aan het vereiste waaraan de term "tezelfdertijd" refereert?

In advies 37.099/1/2/3/4 van 6 en 7 mei 2004 ⁽⁶⁾ merkte de Raad van State, afdeling wetgeving het volgende op:

"In het ontworpen artikel 21bis, § 2, tweede lid, wordt, wat het bij de Raad van State in te stellen beroep betreft, bepaald dat dergelijk beroep "uitsluitend ... via een uiterst dringende rechtspleging" mag gebeuren. Bedoeld wordt dat terzake niet de gewone procedure tot schorsing voor de Raad van State kan worden opgestart, maar wel de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid.

De stellers van het ontwerp gaan op die wijze, wat de betrokken besluiten tot gunning van overheidsopdrachten betreft, voorbij aan het gegeven dat, volgens de economie van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid, een uitzonderlijk en ongewoon karakter heeft in vergelijking met de gewone schorsingsprocedure. Aan dat uitzonderlijke en ongewone karakter liggen diverse redenen ten grondslag.

In de eerste plaats is dergelijke procedure van aard om het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State te verstoren. Zo zullen bijvoorbeeld de magistraten in voorkomend geval het administratief dossier en de nota van de verwerende partij, evenals de eventuele verzoekschriften in tussenkomst, slechts onmiddellijk vóór of op de terechtzitting ontvangen en dienen de betrokken stukken veelal met spoed te worden verzameld en opgesteld met alle risico's vandien op het vlak van volledigheid en juiste voorstelling van zaken, hetgeen een determinerende invloed kan hebben in dossiers betreffende een technisch-complexe aangelegenheid als die inzake de gunning van overheidsopdrachten. Meer in het algemeen dient de Raad van State zich in geval van een procedure in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid uit te spreken na een zeer summier onderzoek dat bezwaarlijk dezelfde diepgang kan vertonen als mag worden verwacht bij andere procedures.

Het uitzonderlijke en ongewone karakter van de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid valt ook te verklaren omdat in dat geval de rechten van verdediging van de verwerende en de eventueel tussenkomende partijen tot een minimum worden herleid. Het spreekt voor zich dat de inperking van de rechten van verdediging waarmee de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid onmiskenbaar gepaard gaat, zich des te sterker laat gevoelen naarmate de complexiteit van de te behandelen dossiers toeneemt, zoals met name in het contentieux van de gunning van overheidsopdrachten het geval is.

Tot slot valt het uitzonderlijke en ongewone karakter van de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid ongetwijfeld mede te verklaren door de gevolgen die dergelijke procedure voor de organisatie van de Raad van State meebrengt. Zo is er de noodzaak om de diensten op een zodanige wijze te organiseren dat er permanent en terstond een dringende uitspraak kan worden geveld. Het aantal van dergelijke dringende uitspraken heeft bovendien

⁽⁶⁾ Advies 37.099/1/2/3/4 van 6 en 7 mei 2004 over een voorontwerp van programmawet (*Parl. St.*, Kamer, DOC 51 1139/1, 325-327, nr. 5).

invloed op de zorg die de Raad van State kan besteden aan de andere geschillen, waarvan de beslechting dreigt te worden vertraagd ⁽⁷⁾.

Gelet op de voornoemde redenen wekt het geen verwondering dat het vaste rechtspraak van de Raad van State is geworden dat de uiterst dringende noodzakelijkheid op het eerste gezicht onbetwistbaar moet zijn en dat op de verzoeker die meent een beroep te moeten doen op de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid een dubbele bewijslast rust: hij moet niet enkel aantonen dat hij bij het instellen van de vordering met de vereiste spoed, diligentie en alertheid heeft opgetreden, doch hij moet tevens aan de hand van duidelijke gegevens en feiten aannemelijk maken dat, indien de vordering wordt ingesteld volgens de gewone schorsingsprocedure, de uitspraak over deze vordering onherroepelijk te laat zou komen om nog enig nuttig effect te hebben ⁽⁸⁾.

De regeling die is vervat in het ontworpen artikel 21bis, § 2, laat de zo-even beschreven dubbele bewijslast van de verzoeker onverkort bestaan, evenals de twee algemene grondvoorwaarden waaraan elke vordering tot schorsing - de schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid inclusief - dient te voldoen, zijnde de vermelding van minstens één ernstig middel en het gegeven dat een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te ontstaan indien de schorsing van de tenuitvoerlegging van de betrokken bestuurshandeling niet wordt bevolen door de Raad van State.

Uit wat voorafgaat volgt dat de verplichte beperking tot het instellen van een vordering tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid diverse nadelige gevolgen heeft voor zowel de rechtsbescherming als de goede werking van de Raad van State. De betrokken maatregel biedt daarenboven geen garantie dat in alle gevallen tot een snelle rechterlijke uitspraak wordt gekomen.

Hiermee rekening houdende doen de stellers van het ontwerp er goed aan om andere mogelijkheden te overwegen om tot een snelle uitspraak van de Raad van State te komen, zij het met inachtneming van het belang van zowel de betrokken partijen, als de Raad van State zelf, om toch over een minimumtermijn te beschikken om zich een voldoende oordeel te vormen omtrent de veelal technisch-complexe dossiers inzake de gunning van overheidsopdrachten. Er kan bijvoorbeeld aan worden gedacht om ook een gewone procedure tot schorsing mogelijk te maken, zij het dat eventueel kan worden bepaald dat de desbetreffende vordering binnen een minimumtermijn moet worden ingesteld (bijvoorbeeld binnen

⁽⁷⁾ Voetnoot 30 uit het geciteerde advies: In het geval bedoeld in artikel 17, § 1, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, is er bovendien het gegeven van de dubbele fasering, waarmee de vereiste bevestiging van de voorlopig uitgesproken schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid gepaard gaat.

⁽⁸⁾ Voetnoot 31 uit het geciteerde advies: Voor een recente bespreking van die vaste rechtspraak, zie o.m. G. DEBERSAQUES, De schorsingsprocedure in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid, in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ en G. LAENEN (eds.), Rechtsbescherming door de Raad van State. Vijftien jaar procedurele vernieuwing, Brugge, die keure, 2004, 183-219.

vijftien dagen na de betekening van het gunningsbesluit) en de Raad van State verplicht een uitspraak moet doen binnen een kortere termijn dan nu in de praktijk het geval is. Een andere mogelijkheid bestaat erin om in een specifieke, ten aanzien van de betrokken aangelegenheid geldende, versnelde procedure voor de Raad van State te voorzien, welke desalniettemin een minimumtermijn laat voor een behoorlijk onderzoek van de desbetreffende dossiers".

In advies 38.703/1/V van 6 september 2005 ⁽⁹⁾ voegde de Raad van State hieraan toe ⁽¹⁰⁾:

"Voorts moet erop gewezen worden dat in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zoals in de gewone schorsingsprocedure, een moeilijk te herstellen ernstig nadeel moet worden aangetoond, hetgeen niet vanzelfsprekend is ⁽¹¹⁾, zodat op dit punt vragen kunnen rijzen over de effectieve toegankelijkheid van het rechtsmiddel voor eenieder die belang heeft bij de gunning en die door de aangevoerde schending "is of dreigt te worden gelaedeerd" (artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG en artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13/EEG)".

3. Uit de ontworpen bepaling valt niet af te leiden welke de rechtsgevolgen zijn ingeval de aanbestedende overheid de voorschriften inzake de wachtermijn miskent door hetzij reeds vóór het verstrijken ervan de overeenkomst te sluiten ⁽¹²⁾, hetzij een

⁽⁹⁾ Advies 38.703/1/V van 6 september 2005 over een voorontwerp van wet "overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten" (*Parl. St.*, Kamer DOC 51 2237/1, 141).

⁽¹⁰⁾ In een met redenen omkleed advies van 30 juni 2005 had eerder ook de Europese Commissie de vraag opgeworpen of het vereiste volgens hetwelk het beroep tegen een gunningsbesluit bij de Raad van State dient te worden ingesteld via een uiterst dringende rechtspleging een adequate rechtsbescherming biedt, temeer daar de Belgische wetgeving als voorwaarde voor de schorsing van een gunningsbesluit stelt dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het gunningsbesluit een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen en deze voorwaarde, welke aanvullend is ten opzichte van wat wordt bepaald in richtlijn 89/665/EEG, in de praktijk al praktische moeilijkheden heeft veroorzaakt.

⁽¹¹⁾ *Voetnoot 19 uit het geciteerde advies*: Zie R.v.St., 25 april 2005, n.v. Cegelec en n.v. Lexar Technics, nrs. 143.609 en 143.611, en n.v. Genetec, nr. 143.629; R.v.St., 4 mei 2005, vennootschap Oberthur Jeux et Technologies, Inc., nr. 144.174. Zie evenwel ook R.v.St., 29 juli 2005, n.v. Aertssen Aannemingsbedrijf, nr. 147.990.

⁽¹²⁾ Dergelijke sanctie wordt bijvoorbeeld wel bepaald in artikel 2, § 4, van de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachtermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde

langere termijn toe te passen dan de vaste termijn van vijftien dagen die de ontworpen bepaling verplicht oplegt ⁽¹³⁾. Het ontbreken van een vermelding van mogelijke sancties is nadelig voor de rechtszekerheid en kan op gespannen voet komen te staan met de vereisten van een efficiënte rechtsbescherming.

4. De vraag rijst of niet moet worden voorzien in de mogelijkheid van verlenging van de wachttijd om de afwikkeling van de procedure in kort geding toe te laten en of, met het oog op een efficiënte rechtsbescherming, niet best een bepaling in het ontwerp wordt ingevoegd naar het voorbeeld van artikel 2, § 3, van de eerder genoemde wet van 16 juni 2006 ⁽¹⁴⁾.

Artikelen 5 en 6

De artikelen 5 en 6 van het ontwerp strekken tot het invoegen van de artikelen 41*sexies* en 62*bis* in de wet van 24 december 1993, welke bepalingen in ruime mate overeenstemmen met artikel 21*bis* van dezelfde wet, zoals dat zal luiden na de wijziging ervan door artikel 3 van het ontwerp. Er kan derhalve worden volstaan met een verwijzing naar de opmerkingen die bij dat laatste artikel van het ontwerp zijn gemaakt.

Bijkomend dient er wel op te worden gewezen dat, in de mate dat in de onderscheiden bepalingen aangelegenheden worden geregeld die inhoudelijk identiek zijn, deze bij voorkeur in dezelfde bewoordingen worden omschreven. Dat is nu niet steeds het geval. Zo verschilt de redactie van de laatste zin van het ontworpen artikel 62*bis*, § 1,

opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

⁽¹³⁾ In de commentaar die bij artikel 3 van het ontwerp wordt gegeven in de memorie van toelichting wordt vermeld dat het "dus niet langer om een minimumtermijn (gaat) en de aanbestedende overheid die een langere termijn zou toekennen (...) de onderhavige bepaling dan ook (zal) schenden", maar wordt niet aangegeven welke rechtsgevolgen voortvloeien uit dergelijke schending.

⁽¹⁴⁾ Artikel 2, § 3, van de wet van 16 juni 2006 bepaalt dat, wanneer de vordering tijdig is ingesteld, de wachttermijn wordt verlengd om de afwikkeling van de schorsingsprocedure toe te laten en dat, als de vordering na verloop van de verlenging niet is beslecht, de toewijzing zonder verwijl kan gebeuren.

eerste lid (artikel 6 van het ontwerp), van die van de overeenkomstige bepalingen in de ontworpen artikelen 21*bis*, § 1, eerste lid (artikel 3 van het ontwerp), en 41*sexies*, § 1, eerste lid (artikel 5 van het ontwerp). Evenmin valt in te zien waarom aan het einde van de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 62*bis*, § 2, eerste lid, 2/, het woord "verwerping" wordt gebruikt en niet het woord "wering", dat in de overeenstemmende bepalingen van het ontwerp voorkomt ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ In de Franse tekst van het ontwerp is de gebruikte terminologie wel eenvormig en wordt steeds de term "évicton" gebruikt.

De kamer was samengesteld uit

de Heren M. VAN DAMME, kamervoorzitter,

 J. BAERT,
 W. VAN VAERENBERGH, staatsraden,

Mevrouw A. BECKERS, griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste
auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.248/1
DU 11 MARS 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 7 mars 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services", a donné l'avis suivant:

Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée par le fait que

"de Europese Commissie op 31 januari 2008 een ingebrekestelling heeft gestuurd. Die handelt over de noodzaak om de bepalingen betreffende de rechtsbescherming van kandidaten en inschrijvers in de wetgeving overheidsopdrachten op korte termijn te verbeteren en aan te vullen. Dit noopt tot een dringende aanpassing van een aantal bepalingen van artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993, en de invoeging van gelijkaardige bepalingen als die van het voormelde artikel 21*bis* voor de overheidsopdrachten en de opdrachten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten".

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a dû limiter son examen à la compétence de l'auteur de l'acte, au fondement juridique⁽¹⁾ et à l'accomplissement des formalités prescrites.

*

* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier sur plusieurs points la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services. Ces modifications résultent de la mise en demeure complémentaire que la Commission européenne a adressée le 31 janvier 2008 et qui rappelle aux autorités belges qu'il subsiste encore toujours un certain nombre de problèmes en matière de marchés publics dans la législation belge.

⁽¹⁾ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par fondement juridique la conformité aux normes supérieures.

Les problèmes évoqués dans la mise en demeure sont de trois ordres. Ils concernent en premier lieu le fait que l'exception légale à l'obligation d'observer un délai après la publication d'une décision d'attribution a été jugée par la Commission européenne trop large et insuffisamment spécifiée. Ensuite, selon la Commission, le fait que la période de standstill prenne cours le jour qui suit l'envoi de la motivation de la décision d'attribution par pli recommandé à la poste, demeure problématique lorsque des soumissionnaires d'autres États membres interviennent dans la procédure, puisque ce sont précisément ces derniers qui risquent de recevoir tardivement la décision d'attribution vu les délais nécessaires à la distribution du courrier dans l'Union européenne. Enfin, selon la Commission européenne, il manque dans la législation belge des dispositions qui garantissent aux candidats et aux soumissionnaires la possibilité d'introduire un recours "utile" au stade où les violations peuvent être encore corrigées.

Selon la Commission européenne, sur les points précités, la législation belge en matière de marchés publics garantit de manière insuffisante que les soumissionnaires et les candidats bénéficient d'une protection juridique effective à l'encontre de décisions d'attribution avant la conclusion du contrat, et il n'est pas satisfait aux dispositions respectives de l'article premier, paragraphe 1, combiné à l'article 2, paragraphe 1, points a) et b), de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, et de l'article premier, paragraphe 1, combiné à l'article 2, paragraphe 1, points a), b) et c), de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 ⁽²⁾.

Afin de lever les objections précitées de la Commission européenne, telles que les formule la mise en demeure du 31 janvier 2008, le texte existant de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 (secteurs classiques) est fondamentalement revu, et outre un certain nombre d'autres adaptations, les articles 41sexies et 62bis (secteurs de l'équipement) - qui sont largement parallèles - sont insérés dans la loi.

⁽²⁾ Ces directives sont mentionnées à l'article 2 du projet de loi.

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

1. L'article 21*bis*, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi du 24 décembre 1993 ⁽³⁾ dispose:

"La communication se fait sans délai par télécopieur ou par des moyens électroniques et est simultanément confirmée par envoi recommandé à la poste".

Cette disposition a pour objet de répondre à l'objection que la Commission européenne a formulée comme suit dans la mise en demeure du 31 janvier 2008:

"Les motifs sont envoyés par courrier recommandé. L'envoi des motifs par la poste peut mener à des situations inacceptables, notamment dans les cas où des soumissionnaires d'autres États membres sont concernés par la procédure d'adjudication. Vu le temps nécessaire pour distribuer le courrier dans l'Union européenne, les soumissionnaires risquent bien de recevoir la décision d'attribution trop tard pour avoir encore la possibilité de prendre une décision réfléchie sur l'introduction d'un recours".

Il ne fait pas de doute qu'une communication par télécopieur ou par des moyens électroniques sera plus rapide et directe qu'au moyen d'un envoi recommandé à la poste et qu'il est donné suite ainsi à l'objection de la Commission européenne. En ce qui concerne l'attribution d'une date certaine à la communication, c'est toutefois l'envoi par recommandé à la poste qui offre le plus de sécurité juridique. C'est pourquoi l'exposé des motifs précise à propos de l'article 3:

"La confirmation par envoi recommandé à la poste a seulement pour objet de permettre au pouvoir adjudicateur d'apporter la preuve de la date d'envoi".

⁽³⁾ Une disposition identique figure à l'article 41*sexies*, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi du 24 décembre 1993 (article 5 du projet). L'article 62*bis*, § 2, alinéa 2, en projet (article 6 du projet) ne mentionne toutefois pas de confirmation, par envoi recommandé à la poste, de la communication par télécopieur ou par des moyens électroniques. Si l'obligation de la confirmation a été volontairement omise à l'article 62*bis*, § 2, alinéa 2, de la loi, il serait recommandé que l'exposé des motifs apporte quelques précisions à ce sujet dans le commentaire des articles.

La question, cependant, est de savoir pourquoi la date de l'envoi recommandé, qui est plus certaine en droit, n'est pas également utilisée comme date de référence pour le début du délai de recours visé à l'alinéa suivant du paragraphe en projet ⁽⁴⁾. La protection juridique des soumissionnaires paraît en effet ainsi mieux assurée, d'autant que la condition selon laquelle la confirmation par envoi recommandé à la poste doit se faire "simultanément" à la communication par télécopieur ou par des moyens électroniques, est en soi de nature à créer l'insécurité juridique. Cette condition est en effet trop peu circonscrite et risque, dans la pratique, de connaître des applications trop diversifiées ⁽⁵⁾. Étant donné le risque d'imprécision qui peut en découler à propos du point de départ précis du délai de recours, il y aurait lieu de définir autrement la condition précitée. Le délégué du gouvernement a précisé à cet égard que la volonté est de faire procéder à la confirmation par envoi recommandé à la poste le même jour que la communication par télécopieur ou par des moyens électroniques. Il est recommandé, par souci de clarté, d'exprimer cette volonté de manière expresse dans le texte du projet. Dans ce cas, le terme "simultanément", trop vague, pourrait être omis.

2. L'article 21bis, § 2, alinéa 3, en projet de la loi dispose que les soumissionnaires peuvent introduire dans le délai prévu un recours en suspension auprès d'une juridiction "et ce exclusivement, selon le cas, dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence".

Par rapport à la disposition actuelle, la disposition citée ne diffère que sur le plan rédactionnel, mais pas sur le fond. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État, section de législation, se voit contraint de rappeler les observations ci-dessous, qu'il avait déjà formulées par le passé.

⁽⁴⁾ Selon l'article 21bis, § 2, alinéa 3, en projet, de la loi, le délai de recours commence à courir "à compter du lendemain du jour de l'envoi par télécopieur ou par des moyens électroniques".

⁽⁵⁾ La confirmation par envoi recommandé d'une communication faite la veille par courriel peu de temps avant minuit répond-elle par exemple à la condition de la "simultanéité" ?

Dans son avis 37.099/1/2/3/4 des 6 et 7 mai 2004 ⁽⁶⁾, le Conseil d'État, section de législation, observait ce qui suit :

"En ce qui concerne le recours à introduire devant le Conseil d'État, l'article 21bis, § 2, alinéa 2, en projet, prévoit que ce recours peut être intenté "exclusivement ... par une procédure d'extrême urgence". Cela signifie que ce n'est pas la procédure de suspension ordinaire devant le Conseil d'État qui peut être intentée, mais bien la procédure de suspension au titre de l'extrême urgence.

Les auteurs du projet perdent ainsi de vue, en ce qui concerne les décisions d'adjudication des marchés publics concernées, que dans l'économie des lois coordonnées sur le Conseil d'État la procédure de suspension d'extrême urgence revêt un caractère exceptionnel et inhabituel par rapport à la procédure de suspension ordinaire. À l'origine de ce caractère exceptionnel et inhabituel se trouvent des raisons diverses.

Tout d'abord, une telle procédure est susceptible de perturber le fonctionnement normal de la procédure devant le Conseil d'État. Ainsi par exemple, les magistrats ne recevront éventuellement le dossier administratif et la note de la partie défenderesse, ainsi que les éventuelles requêtes en intervention, que juste avant l'audience ou à l'audience même, les pièces concernées devant généralement être rassemblées et rédigées en urgence, avec tous les risques que cela comporte sur le plan de la complétude et de la présentation exacte des faits, ce qui peut avoir un effet déterminant dans des dossiers concernant une matière technique complexe comme celle de l'adjudication des marchés publics. Plus généralement, le Conseil d'État est amené, dans une procédure d'extrême urgence, à statuer après avoir procédé à un examen très sommaire, qui peut difficilement être aussi fouillé que ce que d'autres procédures laissent escompter.

Le caractère exceptionnel et inhabituel de la procédure de suspension d'extrême urgence s'explique également par la circonstance que dans ce cas, les droits de la défense de la partie défenderesse et des éventuelles parties intervenantes sont réduits à leur plus simple expression. Il va sans dire que la limitation des droits de la défense qui découle indéniablement de la procédure de suspension d'extrême urgence, se manifeste d'autant plus fortement à mesure que les dossiers à instruire deviennent plus complexes, comme c'est notamment le cas dans le contentieux de la passation des marchés publics.

⁽⁶⁾ Avis 37.099/1/2/3/4 des 6 et 7 mai 2004 sur un avant-projet de loi-programme (*Doc. parl.*, Chambre, DOC 51 1139/1, 325-327, n/ 5).

Enfin, le caractère exceptionnel et inhabituel de la procédure de suspension d'extrême urgence s'explique aussi certainement par les effets d'une telle procédure sur l'organisation du Conseil d'État. Il est ainsi nécessaire d'organiser les services de manière à pouvoir rendre en permanence un jugement urgent sur-le-champ. Le nombre de tels jugements urgents affecte en outre l'attention que le Conseil d'État peut consacrer à d'autres litiges, dont la solution risque d'être retardée ⁽⁷⁾.

Compte tenu des motifs précités, il n'est pas surprenant qu'il soit devenu de jurisprudence constante du Conseil d'État que l'extrême urgence doive être d'emblée incontestable et que le requérant, qui estime devoir recourir à la procédure de suspension d'extrême urgence, doive assumer une double charge de la preuve, puisqu'il lui incombe non seulement de démontrer qu'il a introduit sa demande avec la célérité, la diligence et la vigilance requises, mais également de rendre plausible, à l'aide d'éléments et de faits précis, que si l'action est intentée selon la procédure de suspension ordinaire, la décision sur sa demande interviendra irrévocablement trop tard pour encore produire un quelconque effet utile ⁽⁸⁾.

Les dispositions inscrites à l'article 21bis, § 2, en projet, laissent intactes la double charge de la preuve décrite ci-dessus du requérant et les deux conditions de fond générales que doit remplir toute demande de suspension - y compris la suspension d'extrême urgence - à savoir la mention d'au moins un moyen sérieux et le fait qu'un préjudice grave difficilement réparable risque de survenir si le Conseil d'État n'ordonne pas la suspension de l'exécution de l'acte concerné.

Il s'ensuit que l'obligation d'introduire exclusivement une demande de suspension d'extrême urgence a des conséquences préjudiciables diverses, tant pour la protection juridique que pour le bon fonctionnement du Conseil d'État. De surcroît, cette mesure ne garantit nullement qu'un jugement rapide sera rendu dans tous les cas.

Partant de cette constatation, les auteurs du projet seraient bien avisés de réfléchir à d'autres pistes, pour obtenir une décision rapide de la part du Conseil d'État, tout en respectant l'intérêt tant des parties intéressées que du Conseil d'État proprement dit, qui ménageraient malgré tout un délai minimum permettant de se forger une opinion suffisante sur les dossiers techniques souvent complexes en matière d'adjudication de marchés publics. Ils pourraient par exemple envisager de permettre également une procédure de suspension ordinaire en prévoyant éventuellement que la demande en question devrait être introduite dans un délai minimum (par exemple, dans les quinze jours de la notification de la décision

⁽⁷⁾ *Note 30 de l'avis cité* : Dans le cas visé à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il faut en outre tenir compte des deux phases qu'implique la confirmation requise de la suspension provisoire en cas d'extrême urgence.

⁽⁸⁾ *Note 31 de l'avis cité* : Pour une analyse récente de cette jurisprudence constante, voir notamment G. DEBERSAQUES, *De schorsingsprocedure in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid*, in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ et G. LAENEN (éditeurs), *Rechtsbescherming door de Raad van State. Vijftien jaar procedurele vernieuwing*, Bruges, die keure, 2004, 183-219.

d'adjudication du marché) et que le Conseil d'État serait tenu de statuer dans un délai plus court que ce n'est le cas pour l'instant dans la pratique. Une autre possibilité consisterait à prévoir, pour la matière en question, une procédure spécifique accélérée devant le Conseil d'État, qui laisserait néanmoins un délai minimum pour examiner convenablement les dossiers concernés".

Dans l'avis 38.703/1/V du 6 septembre 2005 ⁽⁹⁾, le Conseil d'État ajoutait ⁽¹⁰⁾

"Il y a encore lieu d'observer que la procédure d'extrême urgence, comme la procédure ordinaire de suspension requièrent de justifier de l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable, ce qui n'est pas évident ⁽¹¹⁾, de sorte qu'on peut se demander si, à cet égard, le recours est bien effectivement accessible à toute personne ayant un intérêt au marché et "ayant été ou risquant d'être lésée" par la violation alléguée (article premier, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE et article premier, paragraphe 3, de la directive 92/13/CEE)".

3. La disposition en projet ne permet pas de déterminer quels sont, en droit, les effets si le pouvoir adjudicateur méconnaît les règles en matière de délai d'attente, soit en concluant le contrat ⁽¹²⁾ avant l'expiration de ce délai, soit en appliquant un délai plus

⁽⁹⁾ Avis 38.703/1/V du 6 septembre 2005 sur un avant-projet de loi "relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services" (*Doc. parl.*, Chambre, DOC 51 2237/1, 141).

⁽¹⁰⁾ Dans un avis motivé du 30 juin 2005, la Commission européenne avait auparavant déjà soulevé la question de savoir si la condition d'introduire un recours contre une décision d'attribution auprès du Conseil d'État suivant une procédure d'extrême urgence offrait une protection juridique adéquate, d'autant que la législation belge subordonne la suspension d'une décision d'attribution à la condition que l'exécution immédiate de la décision d'attribution risque de causer un préjudice grave difficilement réparable et que cette condition, qui est supplétive par rapport aux prescriptions de la directive 89/665/CEE, a déjà causé dans la pratique des problèmes concrets.

⁽¹¹⁾ *Note 19 de l'avis cité* : Voir Conseil d'État, 25 avril 2005, SA Cegelec et SA Lexar Technics, n^{os} 143.609 et 143.611, et SA Genetec, n/ 143.629; Conseil d'État, 4 mai 2005, société Oberthur Jeux et Technologies Inc., n/ 144.174. Voir cependant aussi Conseil d'État, 29 juillet 2005, SA Aertssen Aannemingsbedrijf, n/ 147.990.

⁽¹²⁾ Une telle sanction est par contre prévue par exemple à l'article 2, § 4, de la loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

long que le délai fixe de quinze jours imposé par la disposition en projet ⁽¹³⁾. Ne pas mentionner d'éventuelles sanctions nuit à la sécurité juridique et peut être contraire aux exigences d'une protection juridique efficace.

4. La question se pose de savoir s'il ne faut pas prévoir la possibilité de prolonger le délai d'attente afin de permettre le déroulement de la procédure en référé et si, dans l'intérêt d'une protection juridique effective, il ne vaudrait pas mieux insérer dans le projet une disposition semblable à l'article 2, § 3, de la loi précitée du 16 juin 2006 ⁽¹⁴⁾.

Articles 5 et 6

Les articles 5 et 6 du projet ont pour objet d'insérer les articles 41*sexies* et 62*bis* dans la loi du 24 décembre 1993, dispositions qui correspondent dans une large mesure à l'article 21*bis* de la même loi, tel qu'il s'énoncera après sa modification par l'article 3 du projet. Il peut dès lors suffire de rappeler les observations qui ont été faites concernant cet article du projet.

Il s'impose cependant de relever, en outre, que dans la mesure où les diverses dispositions règlent des questions qui sont identiques sur le fond, elles gagneraient à être formulées dans les mêmes termes. Ce n'est pas toujours le cas à présent. Ainsi, la rédaction de la dernière phrase de l'article 62*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 6 du projet) diffère de celle des dispositions correspondantes des articles 21*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 3 du projet) et 41*sexies*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 5 du projet). On n'aperçoit pas non plus pourquoi le texte néerlandais de

⁽¹³⁾ Le commentaire que fait l'exposé des motifs de l'article 3 du projet signale qu'"(i)l ne s'agit donc plus d'un minimum et [qu']un pouvoir adjudicateur fixant un délai supérieur ne sera donc pas en conformité avec la présente disposition", sans toutefois préciser les effets juridiques résultant de pareille méconnaissance.

⁽¹⁴⁾ L'article 2, § 3, de la loi du 16 juin 2006 prévoit que quand cette requête est introduite à temps, le délai d'attente est prolongé pour permettre le déroulement de la procédure de suspension et que, si au terme de cette prolongation, le prononcé d'une décision n'est pas intervenu, la conclusion du marché peut avoir lieu sans plus attendre.

l'article 62*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, 2/, en projet, *in fine*, emploie le mot "verwerping" et non le mot "wering", qui figure dans les dispositions correspondantes du projet ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Dans le texte français du projet, la terminologie est cependant uniforme, le terme "éviction" y étant employé de manière constante.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. M. VAN DAMME.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME